INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

# LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

**ORDER OF 30 JANUARY 2004**

# 2004

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

# CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ÉDIFICATION D'UN MUR DANS LE TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)

**ORDONNANCE DU 30 JANVIER 2004**

Official citation:

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Order of 30 January 2004, I.C.J. Reports 2004*, p. 3

---

Mode officiel de citation:

*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, ordonnance du 30 janvier 2004, C.I.J. Recueil 2004*, p. 3

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070988-8

Sales number
N° de vente: **879**

30 JANUARY 2004

ORDER

# LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

---

# CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ÉDIFICATION D'UN MUR DANS LE TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)

30 JANVIER 2004

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2004

2004
30 January
General List
No. 131

**30 January 2004**

# LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

## ORDER

*Present:* *President* Shi; *Vice-President* Ranjeva; *Judges* Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Owada, Simma, Tomka; *Registrar* Couvreur.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Having regard to Articles 17, 24, 48 and 68 of the Statute of the Court and to Articles 34, paragraph 2, and 102, paragraph 1, of the Rules of Court,

Having regard to resolution A/RES/ES-10/14 of the Tenth Emergency Special Session of the United Nations General Assembly, whereby the Assembly decided to request the Court, pursuant to Article 65 of its Statute, to give an urgent advisory opinion on the question stated therein,

Having regard to the Order made by the Court on 19 December 2003 whereby *(inter alia)* it decided that the United Nations and its Member States were considered likely, in accordance with Article 66, paragraph 2,

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2004

**30 janvier 2004**

2004
30 janvier
Rôle général
n° 131

# CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ÉDIFICATION D'UN MUR DANS LE TERRITOIRE PALESTINIEN OCCUPÉ

(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)

## ORDONNANCE

*Présents:* M. SHI, *président*; M. RANJEVA, *vice-président*; MM. GUILLAUME, KOROMA, VERESHCHETIN, Mme HIGGINS, MM. PARRA-ARANGUREN, KOOIJMANS, REZEK, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, OWADA, SIMMA, TOMKA, *juges*; M. COUVREUR, *greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Vu les articles 17, 24, 48 et 68 du Statut de la Cour ainsi que le paragraphe 2 de l'article 34 et le paragraphe 1 de l'article 102 de son Règlement,

Vu la résolution A/RES/ES-10/14 de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale des Nations Unies, par laquelle l'Assemblée a décidé de demander à la Cour, conformément à l'article 65 du Statut de cette dernière, de rendre d'urgence un avis consultatif sur la question énoncée dans ladite résolution,

Vu l'ordonnance rendue par la Cour le 19 décembre 2003, dans laquelle celle-ci a, entre autres, jugé que l'Organisation des Nations Unies et ses Etats Membres étaient, conformément au paragraphe 2 de l'article 66 du

of the Statute, to be able to furnish information on all aspects raised by the question submitted to the Court for advisory opinion, and provided for the organization of the further procedure in the case,

*Makes the following Order*:

1. Whereas on 31 December 2003 the Government of Israel addressed a letter to the Registrar of the Court, in which that Government referred to the composition of the Court for purposes of its Order of 19 December 2003, and observed (*inter alia*) that "a Member of the Court who has played a leading role in recent years in the very Emergency Special Session from which the advisory opinion request has now emerged" is participating in decisions in this case;

2. Whereas in that letter the Government of Israel stated further that

> "Resolution A/RES/ES-10/14 requesting the advisory opinion locates the request squarely in the context of the wider Arab-Israeli/Israeli-Palestinian dispute. The essentially contentious nature of the proceedings is also recognised by the Court's invitation to Palestine to participate in the case. It is inappropriate for a Member of the Court to participate in decisions in a case in which he has previously played an active, official and public role as an advocate for a cause that is in contention in this case. Israel will be writing to the President of the Court separately on this matter pursuant to Article 34 (2) of the Rules of Court";

3. Whereas on 15 January 2004 the Government of Israel addressed a confidential letter to the President of the Court referring to Article 34, paragraph 2, of the Rules of Court, in which that Government identified Judge Elaraby as the Member of the Court referred to in the previous letter, and sought to bring to the attention of the President facts which that Government considered of possible relevance to the participation of Judge Elaraby in the case;

4. Whereas the Government of Israel referred in its confidential letter not only to Judge Elaraby's participation in the Tenth Emergency Special Session of the General Assembly but also to his previous activities as principal Legal Adviser to the Egyptian Ministry of Foreign Affairs (1976-1978 and 1983-1987), and as Legal Adviser to the Egyptian Delegation to the Camp David Middle East Peace Conference of 1978, and his involvement in initiatives following the signing of the Israel-Egypt Peace Treaty in 1979, concerning the establishment of autonomy in the West Bank and the Gaza Strip; whereas the Government further cited the published report of an interview given by Judge Elaraby to an Egyptian newspaper in August 2001, which reports the views of Judge Elaraby on questions concerning Israel;

Statut, susceptibles de fournir des renseignements sur l'ensemble des aspects soulevés par la question soumise à la Cour pour avis consultatif, et a organisé la suite de la procédure en l'espèce,

*Rend l'ordonnance suivante :*

1. Considérant que, le 31 décembre 2003, le Gouvernement d'Israël a adressé une lettre au greffier de la Cour, dans laquelle il se réfère à la composition de celle-ci aux fins de l'ordonnance qu'elle a rendue le 19 décembre 2003, et fait, entre autres, observer qu'«un membre de la Cour qui, au cours des dernières années, a joué un rôle de premier plan dans la session extraordinaire d'urgence dont émane précisément la demande d'avis consultatif» participait aux décisions rendues en l'espèce ;

2. Considérant que, dans cette même lettre, le Gouvernement d'Israël a en outre indiqué que

> «La résolution A/RES/ES-10/14 par laquelle l'avis consultatif a été demandé situe clairement la requête dans le cadre plus vaste du différend arabo-israélien/israélo-palestinien. La nature essentiellement contentieuse de l'instance est également reconnue par la Cour à travers l'invitation que celle-ci a adressée à la Palestine à participer à l'affaire. Il n'est guère approprié de la part d'un membre de la Cour de participer au règlement d'une affaire dans laquelle il a eu à jouer un rôle actif, officiel et public en tant que défenseur d'une cause qui se trouve en litige en l'espèce. Israël adressera au président de la Cour une correspondance distincte sur cette question, en application du paragraphe 2 de l'article 34 du Règlement de la Cour» ;

3. Considérant que, le 15 janvier 2004, le Gouvernement d'Israël a adressé une lettre confidentielle au président de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 34 du Règlement, dans laquelle il a cité le juge Elaraby comme étant le membre de la Cour auquel il avait été fait référence dans sa lettre précédente, et a entendu attirer l'attention du président sur des faits que son gouvernement considérait comme susceptibles d'être pertinents au regard de la participation du juge Elaraby en l'espèce ;

4. Considérant que le Gouvernement d'Israël a, dans sa lettre confidentielle, évoqué non seulement la participation du juge Elaraby à la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale, mais également ses activités passées en tant que conseiller juridique principal du ministère des affaires étrangères égyptien (1976-1978 et 1983-1987), ainsi qu'en tant que conseiller juridique de la délégation égyptienne à la conférence de paix de Camp David sur le Moyen-Orient de 1978, et sa participation à diverses initiatives qui ont fait suite à la signature du traité de paix israélo-égyptien de 1979 concernant la mise en place d'un régime d'autonomie en Cisjordanie et dans la bande de Gaza ; considérant que le Gouvernement d'Israël a en outre fait état du compte rendu, paru dans la presse, d'un entretien accordé par le juge Elaraby à un journal égyptien en août 2001, qui rapporte le point de vue du juge Elaraby sur des questions concernant Israël ;

5. Whereas the letter from the Government of Israel concludes by contending that Judge Elaraby, both in his previous professional capacity and in his statements of opinion, has been actively engaged in opposition to Israel including on matters which go directly to aspects of the question now before the Court;

6. Whereas in the case concerning the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* the Court ruled on objections, presented by the Government of South Africa under Article 17, paragraph 2, of the Statute, to the participation of three Members of the Court in the proceedings; whereas those objections were based "on statements made or other participation by the Members concerned, in their former capacity as representatives of their Governments, in United Nations organs which were dealing with matters concerning South West Africa"; whereas the Court reached the conclusion that such activities did not attract the application of Article 17, paragraph 2 (*I.C.J. Reports 1971*, p. 18, para. 9);

7. Whereas Article 17, paragraph 2, of the Statute excludes a Member of the Court from participation in the decision of any case in which he has previously taken part "as agent, counsel, or advocate for one of the parties, or as a member of a national or international court, or of a commission of enquiry, or in any other capacity";

8. Whereas however the activities of Judge Elaraby referred to in the letter of 15 January 2004 from the Government of Israel were performed in his capacity of a diplomatic representative of his country, most of them many years before the question of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory, now submitted for advisory opinion, arose; whereas that question was not an issue in the Tenth Emergency Special Session of the General Assembly until after Judge Elaraby had ceased to participate in that Session as representative of Egypt; whereas in the newspaper interview of August 2001, Judge Elaraby expressed no opinion on the question put in the present case; whereas consequently Judge Elaraby could not be regarded as having "previously taken part" in the case in any capacity;

THE COURT,

By thirteen votes to one,

*Decides* that the matters brought to the attention of the Court by the letter of 31 December 2003 from the Government of Israel, and the further confidential letter of 15 January 2004 from that Government, are not such as to preclude Judge Elaraby from participating in the present case.

IN FAVOUR: *President* Shi; *Vice-President* Ranjeva; *Judges* Guillaume,

5. Considérant que la lettre du Gouvernement d'Israël affirme en conclusion que le juge Elaraby, tant dans l'exercice de ses précédentes fonctions que dans des déclarations par lesquelles il a exprimé son opinion, a activement manifesté son opposition à Israël, notamment sur des questions portant directement sur certains aspects du problème dont la Cour est à présent saisie;

6. Considérant que, dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la Cour s'était prononcée sur des objections présentées par le Gouvernement sud-africain en vertu du paragraphe 2 de l'article 17 du Statut à la participation de trois membres de la Cour à la procédure; que ces objections se fondaient «sur des déclarations que ces membres avaient faites, à l'époque où ils représentaient leur gouvernement, devant des organes des Nations Unies s'occupant de problèmes relatifs au Sud-Ouest africain ou sur leur participation en la même qualité aux travaux de ces organes»; que la Cour était parvenue à la conclusion que de telles activités n'appelaient pas l'application du paragraphe 2 de l'article 17 (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 18, par. 9);

7. Considérant que le paragraphe 2 de l'article 17 du Statut exclut que les membres de la Cour puissent participer au règlement d'une affaire dans laquelle «ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête, ou à tout autre titre»;

8. Considérant que les activités du juge Elaraby dont il est fait état dans la lettre du Gouvernement d'Israël en date du 15 janvier 2004 ont été accomplies en qualité de représentant de son pays, la plupart du temps de nombreuses années avant que la question de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, aujourd'hui soumise à la Cour pour avis consultatif, ait surgi; que cette question n'a été soulevée dans le cadre de la dixième session extraordinaire d'urgence de l'Assemblée générale qu'après que le juge Elaraby avait cessé de participer à cette session en tant que représentant de l'Egypte; que, dans l'entretien accordé à un journal en août 2001, le juge Elaraby n'a exprimé aucune opinion sur la question posée dans la présente espèce; que dès lors l'intéressé ne saurait être regardé comme étant «antérieurement intervenu» dans l'affaire à quelque titre que ce soit;

LA COUR,

Par treize voix contre une,

*Décide* que les éléments portés à l'attention de la Cour par la lettre du Gouvernement d'Israël en date du 31 décembre 2003, ainsi que par la lettre confidentielle ultérieure en date du 15 janvier 2004, ne sont pas de nature à empêcher le juge Elaraby de siéger en la présente espèce.

POUR: M. Shi, *président*; M. Ranjeva, *vice-président*; MM. Guillaume,

Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Owada, Simma, Tomka;

AGAINST: *Judge* Buergenthal.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirtieth day of January, two thousand and four, in two copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the other transmitted to the Government of Israel.

(*Signed*) SHI Jiuyong,
President.

(*Signed*) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Judge BUERGENTHAL appends a dissenting opinion to the Order of the Court.

(*Initialled*) J.Y.S.
(*Initialled*) Ph.C.

Koroma, Vereshchetin, Mme Higgins, MM. Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Owada, Simma, Tomka, *juges*;

CONTRE : M. Buergenthal, *juge*.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le trente janvier deux mille quatre, en deux exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et l'autre sera transmis au Gouvernement d'Israël.

Le président,
(*Signé*) SHI Jiuyong.

Le greffier,
(*Signé*) Philippe COUVREUR.

M. le juge BUERGENTHAL joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion dissidente.

(*Paraphé*) J.Y.S.
(*Paraphé*) Ph.C.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE BUERGENTHAL

1. I have voted against the instant Order because I believe that the Court's decision is wrong as a matter of legal principle.

2. Israel challenges Judge Elaraby's participation in these proceedings on the ground that his previous professional involvement and personal statements on matters which go to the substance of the question before the Court in this advisory opinion request require that he not participate in these proceedings.

3. As far as Judge Elaraby's professional activities as diplomatic representative of his country and its legal adviser are concerned, the Court rejects Israel's objection by concluding that these activities, having been performed many years before the question of the construction of the wall now submitted to the Court first arose, do not fall within the activities contemplated by Article 17, paragraph 2, of the Statute to justify that he be precluded from participation in the case.

4. With regard to the newspaper interview that Judge Elaraby gave two months before his election to this Court at a time when he was no longer his country's diplomatic representative, the Court finds no basis for precluding Judge Elaraby's participation in these proceedings, because Judge Elaraby "expressed no opinion on the question put in the present case".

5. Israel seeks Judge Elaraby's disqualification on the ground, *inter alia*, that the views expressed by Judge Elaraby in the interview bear directly on issues that will have to be addressed in the advisory opinion request and that, given their nature, they create an appearance of bias incompatible with the fair administration of justice.

6. In principle, I share the Court's opinion that Judge Elaraby's prior activities, performed in the discharge of his diplomatic and governmental functions, do not fall within the scope of Article 17, paragraph 2, of the Statute of the Court so as to prevent his participation in these proceedings. This conclusion can be justified on the ground that these views were not Judge Elaraby's personal views, but those of his Government whose instructions he was executing. The Court has in the past taken a similar position in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (*I.C.J. Reports 1971*, p. 18, para. 9). Although I can imagine circumstances where this general rule will not withstand closer scrutiny, I agree with the Court in applying it to the instant case.

## OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE BUERGENTHAL

*[Traduction]*

1. J'ai voté contre la présente ordonnance car j'estime que la décision de la Cour est juridiquement erronée sur le plan des principes.

2. Israël conteste la participation du juge Elaraby à cette procédure au motif que ses antécédents professionnels et les déclarations personnelles qu'il a pu faire concernant des sujets qui touchent au fond de la question soumise à la Cour dans la demande d'avis consultatif commandent qu'il ne siège pas en l'espèce.

3. Pour ce qui est des activités professionnelles qu'a exercées le juge Elaraby en qualité de représentant diplomatique et de conseiller juridique de son pays, la Cour rejette l'objection d'Israël en concluant que, ayant été accomplies de nombreuses années avant que la question de la construction du mur actuellement soumise à la Cour ne soit soulevée pour la première fois, ces activités ne relèvent pas des cas visés au paragraphe 2 de l'article 17 du Statut, qui empêcheraient la participation du juge Elaraby à l'affaire.

4. En ce qui concerne l'entretien que le juge Elaraby a accordé à un journal deux mois avant d'être élu à la Cour, à un moment où il n'était plus le représentant diplomatique de son pays, la Cour n'y voit pas un motif d'exclure la participation du juge Elaraby à la présente procédure, celui-ci n'ayant «exprimé aucune opinion sur la question posée dans la présente espèce».

5. Selon Israël, le juge Elaraby devrait être empêché de siéger en l'affaire au motif, notamment, que les vues qu'il a exprimées lors de cet entretien se rapportent directement à des questions dont la Cour devra traiter en réponse à la demande d'avis consultatif et sont de nature à créer une apparence de partialité incompatible avec une bonne administration de la justice.

6. En principe, je partage l'opinion de la Cour selon laquelle les activités accomplies par le juge Elaraby dans l'exercice de ses fonctions diplomatiques et gouvernementales ne relèvent pas des cas visés au paragraphe 2 de l'article 17 du Statut de la Cour, qui empêcheraient sa participation à la présente procédure. Cette conclusion peut se justifier parce que ces vues n'étaient pas les vues personnelles du juge Elaraby mais celles de son gouvernement, dont il exécutait les instructions. La Cour a, par le passé, pris position en ce sens dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 18, par. 9). Bien que je puisse imaginer des circonstances dans lesquelles cette règle générale ne résisterait pas à un examen plus attentif, je suis d'accord avec la Cour pour l'appliquer à ce cas d'espèce.

7. I part company with the Court's conclusions, however, with regard to the interview Judge Elaraby gave in August of 2001, two months before his election to the Court, when he was no longer an official of his Government and hence spoke in his personal capacity. See *Al-Ahram Weekly Online*, 16-22 August 2001, Issue No. 547.

8. That interview reads in part as follows:

> "Today, he [Judge Elaraby] is concerned about a tendency to play into Israel's hands, and thus to marginalise the crux of the Arab Israeli conflict, which is the illegitimate occupation of territory. 'It has long been very clear that Israel, to gain time, has consistently followed the policy known as "establishing new facts". This time factor, with respect to any country, is a tactical element [in negotiations], but for the Israelis it is a strategy.' New facts and new problems are created on the ground in this manner, he explains, and the older, essential problems are forgotten. Grave violations of humanitarian law ensue: the atrocities perpetrated on Palestinian civilian populations, for instance, but also such acts as the recent occupation of the PNA's headquarters. 'I hate to say it', Elaraby continues, 'but you do not see the Palestinians, or any other Arab country today, presenting the issue thus when addressing the international community: Israel is occupying Palestinian territory, and the occupation itself is against international law. Israel has twice, in writing, with the whole world as witness, committed itself to the implementation of UN Security Council resolution 242 on the occupied territories: once at Camp David with Egypt [in 1978], and once in Oslo with the Palestinians [in 1993].' Very recently, he adds, the Sharon government launched a new strategy, wreaking confusion and gaining time by describing territories Israel has already recognised as occupied as 'disputed'. All these, explains Elaraby, 'are attempts to confuse the issues and complicate any serious attempt to get Israel out of the occupied territories. You can negotiate security, which will be mutual for both parties, but you cannot negotiate whether to leave or not.'"

9. Article 17, paragraph 2, of the Statute of the Court reads as follows:

> "2. No Member may participate in the decision of any case in which he has previously taken part as agent, counsel, or advocate for one of the parties, or as a member of a national or international court, or of a commission of enquiry, or in any other capacity."

10. It is clear, of course, that the language of Article 17, paragraph 2,

7. En revanche, je me sépare des conclusions de la Cour pour ce qui est de l'interview accordée par le juge Elaraby en août 2001, deux mois avant son élection à la Cour, alors qu'il ne représentait plus son gouvernement et s'exprimait donc à titre personnel (voir *Al-Ahram Weekly Online*, 16-22 août 2001, n° 547).

8. Le texte de cette interview contient le passage suivant:

> «Aujourd'hui, il [le juge Elaraby] s'inquiète d'une tendance à faire le jeu d'Israël et, par conséquent, à marginaliser la question qui est au cœur du conflit israélo-arabe, à savoir l'occupation illégitime de territoires. «Il est depuis longtemps patent qu'Israël, pour gagner du temps, suit invariablement la politique consistant à «établir des faits nouveaux». Ce facteur temps est, pour tout pays, un élément tactique [de négociation], mais, pour les Israéliens, il s'agit d'une stratégie.» Des faits nouveaux et des problèmes nouveaux sont ainsi créés sur le terrain, explique-t-il, et les problèmes plus anciens, essentiels, sont oubliés, avec pour conséquence de graves violations du droit humanitaire comme les atrocités perpétrées à l'égard des populations civiles palestiniennes, mais aussi des actes tels que l'occupation récente du siège de l'Autorité palestinienne. «Je suis désolé de m'exprimer ainsi», poursuit M. Elaraby, «mais vous ne voyez pas aujourd'hui les Palestiniens, ou tout autre pays arabe, présenter ainsi la question à la communauté internationale: Israël occupe le territoire palestinien et cette occupation constitue en soi une violation du droit international. Israël s'est, à deux reprises, par écrit, prenant le monde entier à témoin, engagé à mettre en œuvre la résolution 242 du Conseil de sécurité des Nations Unies sur les territoires occupés: une fois à Camp David envers l'Egypte [en 1978] et une fois à Oslo envers les Palestiniens [en 1993].» Très récemment, ajoute-t-il, le gouvernement Sharon a lancé une nouvelle stratégie, destinée à semer la confusion et à gagner du temps, en qualifiant de «contestés» des territoires déjà reconnus par Israël comme occupés. Tous ces éléments, explique M. Elaraby, «visent à brouiller les cartes et à compliquer toute tentative sérieuse d'amener Israël à quitter les territoires occupés. Vous pouvez négocier les garanties de sécurité que s'appliqueront mutuellement les deux parties, mais vous ne pouvez pas négocier la question de savoir si vous allez vous retirer ou non.»»

9. Le paragraphe 2 de l'article 17 du Statut de la Cour est ainsi conçu:

> «2. Ils [les membres de la Cour] ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus comme agents, conseils ou avocats de l'une des parties, membres d'un tribunal national ou international, d'une commission d'enquête, ou à tout autre titre.»

10. Certes, il est clair que les termes du paragraphe 2 de l'article 17 ne

does not apply in so many words to the views Judge Elaraby expressed in the above interview. That does not mean, however, that this provision sets out the exclusive basis for the disqualification of a judge of this Court. It refers to what would generally be considered to be the most egregious violations of judicial ethics were a judge falling into one of the categories therein enumerated to participate in a case. At the same time, Article 17, paragraph 2, reflects much broader conceptions of justice and fairness that must be observed by courts of law than this Court appears to acknowledge. Judicial ethics are not matters strictly of hard and fast rules — I doubt that they can ever be exhaustively defined — they are matters of perception and of sensibility to appearances that courts must continuously keep in mind to preserve their legitimacy.

11. A court of law must be free and, in my opinion, is required to consider whether one of its judges has expressed views or taken positions that create the impression that he will not be able to consider the issues raised in a case or advisory opinion in a fair and impartial manner, that is, that he may be deemed to have prejudged one or more of the issues bearing on the subject-matter of the dispute before the court. That is what is meant by the dictum that the fair and proper administration of justice requires that justice not only be done, but that it also be seen to be done. In my view, all courts of law must be guided by this principle, whether or not their statutes or other constitutive documents expressly require them to do so. That power and obligation is implicit in the very concept of a court of law charged with the fair and impartial administration of justice. To read them out of the reach of Article 17, paragraph 2, is neither legally justified nor is it wise judicial policy.

12. In paragraph 8 of this Order, the Court declares that "whereas in the newspaper interview of August 2001, Judge Elaraby expressed no opinion on the question put in the present case; whereas consequently Judge Elaraby could not be regarded as having 'previously taken part' in the case in any capacity".

13. What we have here is the most formalistic and narrow construction of Article 17, paragraph 2, imaginable, and one that is unwarranted on the facts of this case. It is technically true, of course, that Judge Elaraby did not express an opinion on the specific question that has been submitted to the Court by the General Assembly of the United Nations. But it is equally true that this question cannot be examined by the Court without taking account of the context of the Israeli/Palestinian conflict and the arguments that will have to be advanced by the interested parties in examining the "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory". Many of these arguments will turn on the factual validity and credibility of assertions bearing directly on the specific question referred to the Court in this advisory opinion request. And when it comes to the validity and credibility of these arguments,

s'appliquent pas exactement aux vues exprimées par le juge Elaraby dans l'interview mentionnée ci-dessus. Cela ne signifie toutefois pas que cette disposition énonce les seuls motifs susceptibles d'empêcher un juge de siéger dans une affaire. Elle cite ceux qui seraient généralement considérés comme les cas les plus flagrants de violation de l'éthique judiciaire: ceux où un juge entrant dans l'une des catégories énumérées viendrait à participer à une affaire. En même temps, le paragraphe 2 de l'article 17 reflète une conception de la justice et de l'équité qui sont requises des tribunaux beaucoup plus large que ne semble l'admettre la Cour. L'éthique judiciaire ne se définit pas simplement par des règles rigides: je doute qu'elle puisse jamais être définie de façon exhaustive; elle est affaire de perception et de sensibilité aux apparences, éléments que les tribunaux doivent constamment avoir présents à l'esprit pour préserver leur légitimité.

11. Une cour de justice doit être libre — et, selon moi, tenue — d'examiner si l'un de ses juges n'a pas exprimé des vues ou pris des positions créant l'impression qu'il ne pourra pas connaître de manière équitable et impartiale des questions soulevées au cours d'une affaire ou d'une procédure consultative — en d'autres termes, qu'il a une opinion préconçue sur une ou plusieurs des questions liées à l'objet du différend dont la Cour est saisie. Tel est le sens de la maxime selon laquelle une bonne administration de la justice exige non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit manifestement. A mon sens, tous les tribunaux doivent guider leur conduite sur ce principe, que leur statut ou autre texte constitutif le leur prescrive ou non expressément. Ce pouvoir et cette obligation sont contenus implicitement dans le concept même de cour de justice, dont la mission est l'administration équitable et impartiale de la justice. Vouloir les exclure du champ du paragraphe 2 de l'article 17 n'est ni justifié sur le plan juridique ni sage sur le plan de la politique judiciaire.

12. Au paragraphe 8 de la présente ordonnance, la Cour déclare que, «dans l'entretien accordé à un journal en août 2001, le juge Elaraby n'a exprimé aucune opinion sur la question posée dans la présente espèce» et que «dès lors l'intéressé ne saurait être regardé comme étant «antérieurement intervenu» dans l'affaire à quelque titre que ce soit».

13. C'est là l'interprétation la plus formaliste et la plus étroite du paragraphe 2 de l'article 17 que l'on puisse imaginer, et une interprétation qui n'est pas étayée par les faits. Certes, il est techniquement vrai que le juge Elaraby n'a pas exprimé d'opinion sur la question précise qui a été soumise à la Cour par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. Mais il est également vrai que la Cour ne pourra pas examiner cette question sans tenir compte du contexte du conflit israélo-palestinien et des arguments qui seront nécessairement avancés par les parties intéressées au cours de cet examen des «conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé». Beaucoup de ces arguments seront axés sur la validité et la crédibilité au regard des faits d'assertions ayant un rapport direct avec la question précise soumise à la Cour dans la requête pour avis consultatif. Or, quant à la validité et à la

what Judge Elaraby has to say in the part of the interview I quoted above creates an appearance of bias that in my opinion requires the Court to preclude Judge Elaraby's participation in these proceedings.

14. What I consider important in reaching the above conclusion is the appearance of bias. That, in my opinion, is what Article 17, paragraph 2, properly interpreted, is all about and what judicial ethics are all about. And that is why I dissent from this Order, even though I have no doubts whatsoever about the personal integrity of Judge Elaraby for whom I have the highest regard, not only as a valued colleague but also a good friend.

(*Signed*) Thomas BUERGENTHAL.

crédibilité de ces arguments, l'opinion exprimée par le juge Elaraby dans le passage de l'entretien que j'ai cité plus haut crée une apparence de partialité qui, selon moi, exige que la Cour exclue sa participation à la présente procédure.

14. Le point important dans la conclusion à laquelle je suis ainsi arrivé est, selon moi, celui de l'apparence de partialité. Tel est à mon sens l'objet du paragraphe 2 de l'article 17, si on l'interprète convenablement, et tel est également l'objet de l'éthique judiciaire. C'est pourquoi je me dissocie de la présente ordonnance, même si je n'ai pas le moindre doute quant à l'intégrité personnelle du juge Elaraby, que je tiens dans la plus haute estime, non seulement en tant que collègue mais aussi en tant qu'ami.

(*Signé*) Thomas BUERGENTHAL.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070988-8